DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

ANNALI

DEL

SEMINARIO GIURIDICO

(AUPA)

VOLUME LXIII
(2020)

Estratto

G. Giappichelli Editore

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

ANNALI

DEL

SEMINARIO GIURIDICO

(AUPA)

VOLUME LXIII
(2020)

G. Giappichelli Editore

© Copyright 2020 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
http://www.giappichelli.it

ISBN/EAN 978-88-921-3755-4
ISSN 1972-8441

I contributi proposti per la pubblicazione vanno inviati, muniti di abstract in lingua inglese e parole chiave, al Direttore Responsabile via e-mail all'indirizzo: direttoreaupa@unipa.it.
La pubblicazione è subordinata alla procedura di revisione (peer review) secondo il sistema del double-blind. Ciò nel rispetto del linee-guida delineate dal "*Committee on Publication Ethics*" per la pubblicazione di lavori scientifici e in adesione al comune indirizzo delle Riviste romanistiche italiane (AG, RISG, AUPA, BIDR, SDHI, IURA, Index, Roma e America, IAH, Quaderni lupiensi, Diritto@storia, TSDP), assunto in seguito alle indicazioni del gruppo di lavoro promosso dal Consorzio interuniversitario Gérard Boulvert e a conseguenti delibere del CUN e del CNR.
Autori e Revisori sono tenuti a seguire le indicazioni contenute nel Codice etico della Rivista, consultabile sul sito https://www.annaliseminariogiuridicoaupa.it.

Composizione: Carla Degiacomi - Torino

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO
(AUPA)

Direttore Responsabile
Giuseppe Falcone

Comitato Scientifico

Christian Baldus	Heidelberg
Jean-Pierre Coriat	Paris
Lucio De Giovanni	Napoli
Oliviero Diliberto	Roma
Jan H.A. Lokin	Groningen
† Matteo Marrone	Palermo
Ferdinando Mazzarella	Palermo
Antonino Metro	Messina
Javier Paricio	Madrid
Beatrice Pasciuta	Palermo
Salvatore Puliatti	Parma
Gianfranco Purpura	Palermo
Bernardo Santalucia	Firenze
Emanuele Stolfi	Siena
Mario Varvaro	Palermo
Laurens Winkel	Rotterdam

Comitato di redazione

Giacomo D'Angelo, Monica De Simone
Salvatore Sciortino, Francesca Terranova

Via Maqueda, 172 - 90134 Palermo - e-mail: direttoreaupa@unipa.it

La lettera del Ministero della Pubblica Istruzione che approvò il regolamento del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo porta la data del 10 marzo 1906; il discorso inaugurale del preside prof. Alfredo Rocco – rivolto ai «carissimi giovani», studenti e studiosi della Facoltà di Giurisprudenza – fu tenuto nel marzo 1909. A norma di regolamento il Seminario era articolato in quattro sezioni (discipline storico-giuridiche, diritto pubblico, diritto privato, scienze sociali), e aveva il «fine di promuovere ricerche per parte degli studenti e laureati ... che intendessero perfezionarsi in alcuna fra le scienze professate nella Facoltà, e addestrarsi nella conoscenza dei metodi di ricerca e dell'uso delle fonti». Nel corso degli anni il Seminario andò perdendo talune delle funzioni indicate nel regolamento, fu sempre più istituto di ricerca scientifica e meno palestra di addestramento professionale dei giovani, e in punto di fatto si andò specializzando (certo per impulso di Salvatore Riccobono, divenutone presto direttore) quale centro di studi storico-giuridici. Divenne poi (dai tempi almeno della seconda guerra mondiale), in buona sostanza, Istituto di Diritto Romano.

Qualche anno dopo la sua istituzione, nel 1912, il Seminario Giuridico espresse una rivista propria: gli 'Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo'. A fondarla – e dirigerla fin quando insegnò a Palermo (1932) – fu in realtà Salvatore Riccobono. In piena aderenza agli scopi e alla struttura del Seminario la rivista ospitò per anni scritti di studiosi di tutte le discipline insegnate nella Facoltà giuridica palermitana.

È naturale però che, col passare degli anni, sui contenuti degli 'Annali' si riflettessero in qualche modo le vicende dell'istituzione di cui erano espressione; sicché divennero, definitivamente intorno agli anni '60, una rivista storico giuridica, in maggior misura di diritto romano.

INDICE DEL VOLUME

G. FALCONE, Matteo Marrone (13.10.1929 – 8.4.2020) 1

ARTICOLI

M. BRUTTI, Le violenze politiche e il valore del passato. Un'ipotesi su Giulio Paolo 19
R. CARDILLI, L'idea romana del 'perpetuarsi dell'obbligazione' e il problema della responsabilità contrattuale 85
P. CERAMI, D. 12.4.16 (Cels. 3 *dig.*). Una controversa fattispecie negoziale 105
P. GARBARINO, 'Sistema' e compilazione giustinianea 149
M.A. LIGIOS, CIL. IV, 9591: riflessioni in materia di impresa di navigazione e di prassi commerciale marittima 189
S. PULIATTI, Profili della responsabilità dei funzionari in età tardoimperiale 231
A.S. SCARCELLA, Natura ed effetti dell'*adoptio servi* 249
F. ZUCCOTTI, Sul preteso valore di «*condemnatio*» piuttosto che di «*intentio*» della clausola formulare «*quidquid dare facere oportet*». Osservazioni sulla trattazione gaiana delle «*partes formularum*» 277

NOTE

F. MUSUMECI, Sugli ἀπόλιδες menzionati in due frammenti dei *Digesta* 295
S. PIETRINI, La legittimazione dei figli naturali per *subsequens matrimonium* in un provvedimento imperiale del V secolo 317
F. TERRANOVA, A proposito di un testo di Arcadio Carisio in tema di *quaestio per tormenta de servis* (D. 48.18.10.2) 331

VARIE

B.H. STOLTE, D. 50.16 *De verborum significatione* in Byzantium 349

RICCARDO CARDILLI
(Università di Roma "Tor Vergata")

L'idea romana del 'perpetuarsi dell'obbligazione' e il problema della responsabilità contrattuale

ABSTRACT

The *perpetuatio obligationis* is the result, in a terminology proper to the jurisprudence subsequent to the *veteres*, of a creative interpretation of the late-republican jurisprudence which will assume in the subsequent tradition the relevant qualification of *constitutio*. The terminological formulation may also have had a modernization in the writing of the Severian jurist Paolo, but without altering its dogmatic meaning. It is an up-to-date expression of what was technically the effect of the *constitutio veterum* on the level of the claimant in the event of perishing of the thing object of the *rem dare oportere* for a cause attributable to the debtor. The *veteres* believed, that the persistence of actionability with *condictio* of the *rem dare oportere* was based precisely on the idea that *rem dare oportere* was perpetuated even though the due thing perished.

PAROLE CHIAVE

Obbligazioni; responsabilità contrattuale.

L'IDEA ROMANA DEL 'PERPETUARSI DELL'OBBLIGAZIONE' E IL PROBLEMA DELLA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE

SOMMARIO: 1. '*Perpetuatio obligationis*' e 'responsabilità' dei moderni. – 2. 'Impossibilità imputabile' e responsabilità contrattuale nel diritto privato attuale. – 3. Ἀδύνατον, *impossibilis* e *necessitudo*: la riflessione filosofica e retorica sull'idea dell'impossibilità. – 4. *'Perpetuari obligationem'*: un problema di obbligazione o di azione ? – 5. Considerazioni conclusive.

1. '*PERPETUATIO OBLIGATIONIS*' E 'RESPONSABILITÀ' DEI MODERNI.

Il tema della *perpetuatio obligationis*[1] è stato oggetto negli ultimi decenni di importanti contributi che hanno ravvivato la discussione sui complessi problemi dogmatici e storici da esso sollevati.[2] Il dibattito è, per altro, ancora ampio e le posizioni sono ben lungi dall'essere orientate ad una possibile composizione, sia dal punto di vista dei problemi dogmatici (di particolare difficoltà) che il tema solleva, sia dal punto di vista della ricostruzione storica dello stesso in base alle fonti a nostra disposizione.

In un mio contributo (oramai risalente a più di vent'anni fa),[3] mi era sembrato di cogliere (pur con differenze importanti) una certa affinità di fondo nella logica che aveva portato la giurisprudenza romana del II sec. a.C. a risolvere in termini di *praestare* il problema dell'inadempimento. Mi era sembrato, infatti, che la tutela *iure civili* e *iure gentium* (in termini di *formulae in ius conceptae* all'*oportere* o all'*oportere ex fide bona*) oppure *iure honorario* (in termini di *formulae in factum conceptae*) di nuovi rapporti con-

[1] Insiste sulla natura di denominazione non propria delle fonti romane, M. KASER, *Perpetuari obligationem*, in SDHI 46, 1980, 87 ss.

[2] C.A. CANNATA, *Quod veteres constituerunt. Sul significato originario della 'perpetuatio obligationis'*, in *Iurisprudentia universalis. Festschrift für Th. Mayer-Maly,* Köln-Weimar-Wien 2002, 85 ss., che cito da *Scritti scelti di diritto romano*, II, a cura di L. VACCA, Torino 2012, 439 ss.; M. SCHERMAIER, '*Impossibilium nulla obligatio*'. *Vorverständnis, Begriff und Gegenstand der Unmöglichkeit der Leistung im römischen Recht*, in AUPA 60, 2006, 241 ss.; A. TORRENT, *Perpetuatio obligationis. ¿Ficción dogmatica o procesal?*, in Φιλια. *Scritti per G. Franciosi* IV, Napoli 2007, 2685 ss.; R. SANTORO, *Perpetuari obligationem*, in AUPA 57, 2014, 177 ss. A questi si ora è aggiunto l'ampio studio monografico di Gregor Albers su cui vd. nt. 6.

[3] *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C.– II sec. d.C.)*, Milano 1995, 185-186; 507. Alcune riflessioni, soprattutto in critica alla reinterpretazione pandettistica del problema della responsabilità contrattuale moderna in chiave di 'impossibilità', si trovano anche in *Un diritto comune in materia di responsabilità contrattuale nel sistema giuridico romanistico*, in Rivista di diritto civile 44/3, 1998, 315 ss. in particolare 317 ss.

trattuali segnasse un mutamento importante nell'indagine dei giuristi romani sul problema dell'inadempimento. Il *praestare* nel suo significato di *stare praes,* verbo che non è contemplato nelle formule delle azioni che tutelano questi rapporti, viene, infatti, a sovrapporsi alle prestazioni originarie (*dare, facere* o *reddere*), una volta che esse non siano state adempiute o non possano più esserlo, attraverso un'interpretazione integrativa del contenuto dell'obbligazione. In sostanza, di fronte ad un inadempimento imputabile al debitore, è il riconoscimento del *praestare* a giustificare l'*actione teneri*, esprimendo quella peculiare idea romana della «responsabilità contrattuale» che sembra attrarre le conseguenze dell'inadempimento nell'alveo dei contenuti dell'obbligazione (pur come prestazione di garanzia) e non le spinge direttamente sul piano esterno al debito in chiave di responsabilità successiva.

Questa particolare prospettiva concettuale, appunto, mi era sembrata, in un certo qual modo, analoga a quello in cui nelle fonti si descrivono le conseguenze dell'inadempimento nelle obbligazioni di un *certum dare* (sia sorte da una *stipulatio in dando*, sia nate da un legato *per damnationem*). Come in quest'ultimo caso, i *veteres*, secondo quanto ricorda il giurista severiano Paolo (Paul. l. 4 *ad Plaut.* D. 45.1.91.3), pur a fronte dell'impossibilità sopravvenuta di adempiere, fingono, con lo scopo di ottenere la condanna del debitore, che la *res certa* esista ancora nel caso in cui ciò sia imputabile al debitore ('*si per eum stat quominus daretur*'), in quanto il *factum/culpa promissoris* renderebbe «perpetuo» il *dare oportere*.

L'affinità da me in quella sede ipotizzata non deve però far smarrire una differenza importante tra la logica della *perpetuatio obligationis* e quella che portò la giurisprudenza del II sec. a.C. al riconoscimento del *praestare.* Mentre nella prima, l'idea stessa della responsabilità del debitore in senso moderno mi sembra debba essere come tale esclusa, perché ci si orienta esclusivamente a pensare come possibile il perpetuarsi dell'obbligazione principale (*rem dare oportere*), ogni qual volta la prestazione si sia resa impossibile per un *factum promissoris,* nella seconda, non si perpetua il *dare facere oportere* o il *reddere*, ma si riconosce una nuova posizione debitoria in termini di *praestare oportere* o di solo *praestare,* in questo modo considerando l'*oportere* principale trasformato in una obbligazione di garanzia oppure (nel caso di contratti tutelati con azioni *in personam* con *formulae in factum conceptae*) l'*actione teneri* non più fondato sull'inadempimento del *rem reddere*, ma sul previo riconoscimento di un *praestare*.

Quella della *perpetuatio obligationis* sembra seguire una sua specifica logica – simile, ma comunque diversa da quella che porta la scienza giuridica del II sec. a.C. al riconoscimento del *praestare* – frutto di una mentalità per così dire binaria: l'idea di doverosità azionabile in giudizio espressa dallo schema del *dare oportere* risulta inderogabilmente condizionata dalla possibilità concreta dell'adempimento.[4] Essa presuppone, cioè, che l'estinzione della *res* oggetto del *dare oportere* estingua inesorabilmente la 'doverosità'. Questo dato proprio della realtà può aggirarsi soltanto sul piano della logica giuridica, che finisce per considerare il *rem dare oportere,* in chiave di irrealtà, come ancora possibile in quanto si perpetua l'*oportere* (Paul. Sent. 5.7.4: *agi ex stipulatu potest, ac si ea res extaret*; Ulp. D. 45.1.82.1 *perinde ac si homo viveret*).[5] Detto in termini moderni, la preoccupazione che traspare nell'idea del perpe-

[4] Esattamente M. SCHERMAIER, '*Impossibilium nulla obligatio*' cit., 254: «Das *dare oportere* des Schuldners zu behaupten setzte voraus, dass die in der *intentio* beschriebene Leistung auch erbracht werden konnte. Wäre dies anders gewesen, hätte es der Konstruktion der „Verewigung der Verbindlichkeit" (*perpetuatio obligationis*) nicht bedurft».

[5] E ciò a prescindere del problema se si tratti di una *fictio* tecnica usata nel processo per permetterne il

tuarsi dell'obbligazione non è quella delle conseguenze dell'inadempimento in chiave di responsabilità, quanto quella della incidenza dell'impossibilità della prestazione causata dal debitore sulla persistenza del suo *oportere*. Ciò significa che il momento del perimento della cosa dovuta è l'elemento di attrazione del modo in cui i giuristi che elaborarono la soluzione richiamata guardarono inesorabilmente al problema. Tale attrazione era condizionata appunto dall'effetto inesorabile che rendeva impossibile poter affermare in giudizio l'esistenza di un *rem dare oportere* rispetto ad una *res perempta*. Una tale situazione giuridica risultava, però, fortemente ingiusta in tutte le ipotesi in cui era stato lo stesso debitore a causare il perimento della cosa dovuta. Da qui lo sforzo interpretativo degli «antichi giuristi», considerato nelle fonti successive aver avuto un effetto fondante un nuovo *ius* in materia (*constitutio veterum*), che enuclearono appunto l'idea della *perpetuatio obligationis*.

Il recente ed importante studio monografico di Gregor Albers sul tema[6] ha apportato nuovi e significativi contributi di chiarimento. Dal punto di vista dogmatico, esso ha evidenziato come la *perpetuatio obligationis* (secondo la formulazione paolina) affondi le sue radici in un dato ovvio dell'esperienza giuridica dell'età dei *veteres*: la non estinzione della doverosità espressa nell'*oportere*, in caso di perimento dell'oggetto della prestazione o di impossibilità sopravvenuta della stessa. In questi casi il debitore poteva liberarsi soltanto dimostrando che l'accaduto non fosse a lui imputabile.[7]

Dal punto di vista storico, il recente contributo di Albers ha portato nuova linfa alla tesi di Gradenwitz, ritenendo che l'attuale resa terminologica della costruzione dei *veteres* sia da imputare a Paolo, che ne fa un'*interpretatio* tesa a enuclearne una regola.[8] Sarebbe stata solo la scienza romanistica a reinterpretare la *perpetuatio obligationis* come 'unbedingte Zufallhaftung'.[9]

Ritengo sia utile, prima di tornare alle fonti più importanti in materia, precisare quale siano oggi gli effetti della impossibilità della prestazione sulla obbligazione, al fine di comprendere quale sia l'effettivo lascito sul punto nei diritti odierni del diritto romano.

2. 'Impossibilità imputabile' e responsabilità contrattuale nel diritto privato attuale.

L'impossibilità di un comportamento assume importanza in contesti nei quali si deve verificare l'esistenza stessa di una idea di 'doverosità'.[10] Ciò implica che il problema non si

proseguimento o una *fictio* sostanziale utilizzata dai giuristi nel loro ragionamento; vd. per la discussione sul punto A. Torrent, *Perpetuatio obligationis* cit., 1183 ss.

[6] G. Albers, '*Perpetuatio obligationis'. Leistungspflicht trotz Unmöglichkeit im klassischen Recht*, Wien-Köln-Weimar 2019 (opera che ha meritatamente ottenuto l'XI Premio Boulvert col seguente giudizio: «Opera di assoluto livello, ben strutturata e convincente, nella quale il problema studiato e affrontato con attenta considerazione dei suoi fondamenti testuali e del pensiero dottrinario coinvolto, attraverso un metodo molto maturo che consegue – con chiara e netta visione – risultati dogmatici che hanno nella storia il loro fondamento»). Vd. ora M. Rainer, Rec. a G. Albers, *Perpetuatio obligationis*, in IVRA 68, 2020, 469-475.

[7] G. Albers, *Perpetuatio obligationis* cit., 233 ss. e le conclusioni a p. 379.

[8] G. Albers, *Perpetuatio obligationis* cit., 369-373.

[9] G. Albers, *Perpetuatio obligationis* cit., 373-379.

[10] Vd. E. Rabel, *Unmöglichkeit der Leistung*, in *Aus römischem und bürgerlichem Recht. Festschrift f. Bekker*, Weimar 1907 (rist. Aalen 1970), 171 ss.; Chr. Wollschläger, *Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre*, Köln-Wien 1970, 7-18.

ponga soltanto rispetto a doveri azionabili, ma anche a doveri sentiti nella comunità come dovuti, sebbene non azionabili in giudizio. Di qui una riflessione importante sull'"impossibilità' (ἀδύνατον), oltre che nei testi giuridici, anche nelle opere etico-filosofiche ed in quelle retoriche. Sul punto si tornerà più avanti.

L'idea dell'impossibilità della condotta nel pensiero giuridico romano assume particolare rilevanza (sia in termini di impossibilità iniziale che sopravvenuta) in rapporto alla prestazione dovuta e quindi alla persistenza di una obbligazione alla prestazione, mentre oggi essa ha assunto un ruolo chiave nell'indicazione del limite dello sforzo debitorio rilevante per l'adempimento della obbligazione e della conseguente responsabilità contrattuale.

Sullo sguardo del giurista contemporaneo pesa l'occhiale della teoria unitaria dell'impossibilità (iniziale e sopravvenuta) elaborata dalla Pandettistica tedesca,[11] che ne ha fatto la categoria chiave del problema dell'inadempimento, rendendolo il limite generale della responsabilità contrattuale al posto di *casus.*[12] Il fatto, di per sé non necessariamente rilevante, ha assunto una importanza determinante per la scelta, mediata dalla dottrina che lo sosteneva, di codificare il concetto di 'impossibilità' (*Unmöglichkeit*) nel BGB tedesco del 1900 (§ 275) e nel Codice civile italiano del 1942 (art. 1218) negli articoli deputati a fissare la regola in materia di inadempimento dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale.

Secondo il tenore del testo originario – ora riformato con la Modernizzazione del 2002 –, il BGB del 1900 sanciva che il debitore fosse liberato dalla sua obbligazione qualora la prestazione divenisse impossibile per un fatto sopravvenuto a lui non imputabile (§ 275-1).[13] Ed ancora, secondo l'art. 1218 del Codice civile italiano del 1942,[14] titolato «Responsabilità del debitore», «Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile».

In realtà, l'impossibilità (sia iniziale che sopravenuta) della prestazione produce in ogni caso l'estinzione dell'obbligazione. A ben vedere, infatti, l'estinzione si ha anche nell'ipotesi dell'impossibilità sopravvenuta imputabile, la quale non determina – come invece sembrerebbe nella logica romana della *perpetuatio obligationis* – una sopravvivenza dell'obbligazione (pur con una prestazione impossibile), ma il riconoscimento della responsabilità del debitore al risarcimento dei danni per aver causato l'impossibilità della prestazione. Sem-

[11] Vd. M. SCHERMAIER, '*Impossibilium nulla obligatio*' cit., 244.

[12] Cfr. ad es. CHR. WOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre* cit., 118 ss.; S. WÜRTHWEIN, *Zur Schadensersatzpflicht wegen Vertragsverletzungen im Gemeinen Recht des 19. Jahrhunderts*, Berlin 1990, 75 ss.; ed ora G. ALBERS, *Perpetuatio obligationis* cit., 71 ss. Vd. supra nt. 3 e infra nt. 22.

[13] «Der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistung in Folge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird». Il tenore del testo del paragrafo 275-1 come riformato è il seguente: «Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist».

[14] Art. 1218 (Responsabilità del debitore): «Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile».

bra, quindi, che l'idea del perpetuarsi dell'obbligazione non abbia avuto sviluppi nella Pandettistica prima, e poi nel diritto codificato contemporaneo.

Il concetto di 'impossibilità' della prestazione ha nel diritto romano un ruolo centrale rispetto alla nascita stessa dell'obbligazione. La *regula iuris antiqui*: '*impossibilium nulla obligatio est'* di Cels. l. 8 *dig.* D. 50.17.185 è più orientata, dal punto di vista terminologico, ad indicare l'iniziale inesistenza della stessa nascita dell'atto obbligante (*nulla obligatio*),[15] che ad una sopravvenuta 'caducazione' della obbligazione nata dal contratto. La difficoltà di ricostruire il contesto concreto nel quale Celso la affermava, impedisce di comprendere se essa (almeno nella intenzione celsina) fosse già una *regula* di esperienza oppure no.[16]

[15] Vd. a riguardo, T. ARP, *Die anfängliche Unmöglichkeit*, Paderborn-München-Wien-Zürich 1988, 63 ss.; W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältniss*, Paderborn 1990, 103 ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, Cape Town 1990, 686 ss.; M. SCHERMAIER, '*Impossibilium nulla obligatio*' cit., 244; G. ALBERS, *Perpetuatio obligationis* cit., 74 ss.

[16] O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae 1889, [n. 81] 142 e nt. 1, ipotizza dubbiosamente un collegamento con D. 19.1.31 pr. (Nerva 3 *membr.*: *Si ea res, quam ex empto praestare debebam, vi mihi adempta fuerit: quamvis eam custodire debuerim, tamen propius est, ut nihil amplius quam actiones persequendae eius praestari a me emptori oporteat, quia custodia adversus vim parum proficit. actiones autem eas non solum arbitrio, sed etiam periculo tuo tibi praestare debebo, ut omne lucrum ac dispendium te sequatur*) o con D. 21.2.31 (Ulp. 42 *ad Sab.*: *Si ita quis stipulanti spondeat «sanum esse, furem non esse, vispellionem non esse» et cetera, inutilis stipulatio quibusdam videtur, quia si quis est in hac causa, impossibile est quod promittitur, si non est, frustra est. sed ego puto verius hanc stipulationem «furem non esse, vispellionem non esse, sanum esse» utilem esse: hoc enim continere, quod interest horum quid esse vel horum quid non esse. sed et si cui horum fuerit adiectum «praestari», multo magis valere stipulationem: alioquin stipulatio quae ab aedilibus proponitur inutilis erit, quod utique nemo sanus probabit.*). Il proculiano Nerazio, nel primo testo, relativo ad un caso di sopravvenuto perimento (giuridico) della cosa venduta per una sottrazione violenta della stessa ('*vi adempta fuerit*'), è orientato a limitare il *praestare* del venditore (pur tenuto alla custodia della cosa venduta fino alla *traditio*) alla cessione delle azioni a favore del compratore e relative alla persecuzione della cosa. La motivazione del giurista, però, non fa tanto perno su un'idea di 'impossibilità', quanto su quella della poca efficacia ed utilità della *custodia* a fronte di violenza ('*quia custodia adversus vim parum proficit*'). Più rilevante il secondo testo segnalato dal Lenel, nel quale nei suoi *libri ad Sabinum* Ulpiano, riporta (con alta probabilità attraverso la mediazione dei *tres libri iuris civilis* di Sabino) la posizione dei *quidam* che reputavano inefficace la *stipulatio* di garanzia relativa a situazioni oggettive dello schiavo promesso ('*sanum esse, furem non esse, vispellionem non esse*') in quanto se non ricadesse in tali situazioni (fosse quindi uno schiavo malato o laduncolo o depredatore di tombe) il rispetto di quanto promesso sarebbe impossibile ('*impossibile est quod promittitur*'), mentre se fosse invece sano o onesto la *stipulatio* andrebbe considerata ultronea. Al di là della diversa interpretazione di Ulpiano (su cui vd. per il mio punto di vista *L'obbligazione di «praestare»* cit., 135 ss.) i *quidam* sono da considerarsi (dato il contesto dell'opera) giuristi precedenti a Sabino (categoria alla quale è di solito data la qualifica di *veteres*; vd. sul problema ora la messa a punto di D. MANTOVANI, *Quando i giuristi diventarono 'veteres'. Augusto e Sabino, i tempi del potere e i tempi della giurisprudenza,* in *Augusto. La costruzione del Principato*, Convegno 4-5 dicembre 2014, Roma 2017, 257-325). Si potrebbe pensare ai giuristi che vanno da Catone il censore e M. Manilio (alle cui *leges venditionis* dobbiamo le prime forme di stipulazioni di garanzia apposte a compravendite; vd. per il mio punto di vista *L'obbligazione di «praestare»* cit., 133 ss.) fino a Labeone (così ad esempio vengono esplicitati i *quidam* in Gai 1.188 ricordando Quinto Mucio Scevola, Servio Sulpicio Rufo e Marco Antistio Labeone). La risalenza è confermata dal fatto che le *conceptiones verborum* discusse erano state apposte ad una *sponsio* (*Si ita quis stipulanti spondeat*). Il ragionamento dei *quidam* presuppone una concezione dell'impossibilità connessa ad un giudizio in concreto (e non in astratto) dell'agire umano (probabilmente nella esclusiva prospettiva del *dare facere*), inadatta, quindi, a misurarsi su 'prestazioni' meramente negative connesse all'esistenza o all'inesistenza di condizioni oggettive ('*quia si quis est in*

Nell'àmbito del problema della responsabilità per inadempimento, invece, l'esistenza di una regola d'esperienza secondo la quale il dovere presuppone la possibilità sembra valutata con meno sicurezza. Sotto quest'ultimo punto di vista, in un frammento del giurista Venuleio in materia di *stipulationes in dando* ora in D. 45.1.137.4[17] si distingue l'*impedimentum naturale* dalla *difficultas*, fissando la regola idonea a risolvere problemi orientati in senso casistico relativa in termini di: '*et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet*'. D'altronde, l'impossibilità (iniziale) rilevante è misurata in chiave oggettiva e non soggettiva già da Sabino (D. 45.1.137.5: *Si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, cum alio possibile sit, iure factam obligationem Sabinus scribit*). Nel caso di prestazione che divenga dopo la conclusione della *stipulatio* 'impossibile' il promittente sarebbe tenuto oltre la possibilità, quando fosse rinvenibile un suo comportamento diretto e commissivo causante l'impossibilità stessa (*culpa* nel senso di *factum promissoris*: Paul. D. 45.1.91 pr.).[18]

Per il problema delle conseguenze dell'inadempimento nelle obbligazioni da contratto la tradizione romanistica, almeno fino alla Pandettistica, ha considerato centrale la *regula iuris antiqui* di Ulp. l. 29 *ad Sab*. D. 50.17.23 ('*culpam praestare - casus a nullo praestan-*

hac causa, impossibile est quod promittitur'). Non è un caso, infatti, che Ulpiano nel superamento della più antica concezione, corrobori il suo argomento con l'inclusione nella promessa del verbo *praestari* (tenendo in conto anche dell'uso fattone nell'editto degli edili curuli). Altra possibile ipotesi è quella di Torsten Arp, secondo cui la frase di Celso potrebbe più adeguatamente collocarsi all'interno di un altro testo, del giurista Pomponio, dove si cita il giurista adrianeo: D. 18.1.6 pr. (Pomp. 9 *ad Sab.*) *Sed Celsus filius ait hominem liberum scientem te emere non posse nec cuiuscumque rei si scias alienationem esse: ut sacra et religiosa loca aut quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeatur, ut est campus Martius.* T. ARP, *Anfängliche Unmöglichkeit* cit., 63 nt. 3.

[17] D. 45.1.137.4 (Venul. 1 *stipul.*) *Illud inspiciendum est, an qui centum dari promisit confestim teneatur an vero cesset obligatio, donec pecuniam conferre possit. Quid ergo, si neque domi habet neque inveniat creditorem? Sed haec recedunt ab impedimento naturali et respiciunt ad facultatem dandi. Est autem facultas personae commodum incommodumque, non rerum quae promittuntur. Et alioquin si quis Stichum dari spoponderit, quaeremus, ubi sit Stichus: aut si non multum referre videatur "Ephesi daturum se", an, quod Ephesi sit, cum ipse Romae sit, dare spondeat: nam hoc quoque ad facultatem dandi pertinet, quia in pecunia et in Sticho illud commune est, quod promissor in praesentia dare non potest. Et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet, ne incipiat dici eum quoque dare non posse, qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit.* 5. *Si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, cum alio possibile sit, iure factam obligationem Sabinus scribit.* Per l'importanza del passo nella ricostruzione della tesi di Friedrich Mommsen ed in Savigny si vd. CHR. WOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre* cit.,123 ss. Sul testo si vd. ora G. ALBERS, *Perpetuatio obligationis* cit., 325-329.

[18] Sul rapporto tra *factum promissoris* e *culpa* vd. *infra*. Sul problema dell'impossibilità in diritto romano in relazione alle *stipulationes in dando*, V. ARANGIO-RUIZ, *La responsabilità contrattuale in diritto romano. Corso 1926-1927*, Napoli 1933² (rist. 1955), 9-28; T. MAYER-MALY, *Perpetuatio obligationis*, in IVRA 7, 1956, 6 ss.; E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano*, Roma 1958, 9 ss.; C.A. CANNATA, *Appunti sulla impossibilità sopravvenuta e la culpa debitoris nelle obbligazioni da stipulatio in dando*, in SDHI 32, 1966, 87 ss. e sul passo, 93 ss. [= *Per lo studio della responsabilità per colpa (Corso di diritto romano 1967-1968)*, Milano 1969, 90 ss.]; e più di recente, G. MACCORMACK, *Factum debitoris and culpa debitoris*, in TR 41, 1973, 59 ss.; M. KASER, *Perpetuari obligationem*, in SDHI 46, 1980, 87 ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., 783 ss.; C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano,* Catania 1996, 116 ss.; ID., *Quod veteres constituerunt* cit., 85 ss.; M. SCHERMAIER, '*Impossibilium nulla obligatio*' cit., 241-268; A. TORRENT, *Perpetuatio obligationis* cit., 2685 ss.; R. SANTORO, *Perpetuari obligationem* cit., 177 ss.; G. ALBERS, *Perpetuatio obligationis* cit., 339 ss.

tur'). Ciò spiega la linea di continuità sul tema nella tradizione romanistica fino a Domat e Pothier, e l'assenza del ricorso al concetto di 'impossibilità' nei primi articoli codificati che regolano, in generale, il problema della responsabilità contrattuale.[19]

Nella scienza pandettistica tedesca, invece, ed in particolare con Friedrich Mommsen, l''impossibilità' diventa la categoria centrale dal punto di vista dogmatico della responsabilità per inadempimento.[20] Fino alla prima metà del XIX sec. il concetto tradizionale che esprimeva il limite della responsabilità contrattuale erano, infatti, la *vis maior* e il *casus*. Infatti, la *vis maior* e il *casus*. Quando si parlava di 'impossibilità' nell'àmbito della responsabilità contrattuale si intendeva appunto l'adempimento impedito da una forza maggiore e da un caso fortuito. Friedrich Mommsen modificò la prospettiva, facendo della *Unmöglichkeit* della prestazione l'unica causa di liberazione dalla responsabilità per inadempimento, spostando dal giudizio sull'inadempimento cagionato da una colpa e dal limite insormontabile del caso fortuito a quello sulla 'possibilità' della prestazione il momento cardine del processo logico dell'interprete per riconoscere la responsabilità contrattuale.[21]

Questa metamorfosi, ben colta e studiata nei lavori in materia,[22] ha avuto una rile-

[19] Cfr. *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* [CMBC; a.1756], IV,20,1; *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die deutschen Erblande* austriaco [ABGB; a.1811], §§1294-1295; vd. I. BIROCCHI, U. PETRONIO, v. '*Responsabilità contrattuale (dir.intermedio)*', in Enc. dir. 39, 1988, 1069-1071. Al riguardo non deve fuorviare la previsione del concetto di impossibilità nell'*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* [ALR] del 1794, in quanto il concetto ha qui il significato di limite della responsabilità nei casi in cui l'inadempimento sia dovuto a «*Zufall*» o a «*unabwendbare Gewalt und Uebermacht*» (§ 364: «Ensteht die Unmöglichkeit, den Geschloßenen Vertrag zu erfüllen, durch einen Zufall, oder durch unabwendbare Gewalt und Uebermacht, so wird der Vertrag für aufgehoben angesehen»). In sostanza, anche nell'ALR il debitore risponde al creditore del mancato adempimento determinato «*durch eigene Schuld*», risarcendo l'interesse in rapporto alla sua «*Verschuldung*» (§ 360: «Kann der Versprechende durch eigene Schuld dem Andern das Versprochene nicht geben oder leisten, so muß er für das Interesse nach Verhältniß seiner eintretende Verschuldung haften»). Il CHR. WOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre* cit., 45, accentua giustamente il fatto che «Durch das Corpus Iuris dominiert der 'casus' als Befreiungsgrund, d.h. gemäβ der Maxime 'casus a nullo praestantur' als derjenige abstrakte Tatbestand, für den der Schuldner grundsätzlich nicht haftet»; ma accomuna, nella sostituzione di tale termine tecnico con l'impossibilità, l'ALR alla Scuola Storica e alla Pandettistica.

[20] FR. MOMMSEN, *Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse*, Braunschweig 1853, 228 ss.; B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II.1, Frankfurt 1887, 58 ss. (*Diritto delle Pandette*, trad.it. C. FADDA, P.E. BENSA, Torino 1904, 2,I, 62 ss.). Qualche anticipazione sembra emergere già in F.K. VON SAVIGNY, *Pandektenvorlesung 1824-25*, hrsg. H. HAMMEN, Frankfurt a.M. 1993, 219 ss., 256 ss.

[21] FR. MOMMSEN, *Die Unmöglichkeit der Leistung* cit., 237 ss. (sul rapporto della «Unmöglichkeit» coi termini latini di *periculum* e *casus* nelle fonti giuridiche romane). Val la pena riportare quanto l'autore afferma a p. 245 e a p. 247: «Aus demjenigen, was über die römische Terminologie bemerkt ist, ergiebt es sich, daß weder der begriff des *periculum*, noch der *casus* geignet ist, als Grundlage für die Darstellung der Lehre von der Wirkungen der ohne Verschulden des Debitor eintretenden Unmöglichkeit der Leistung zu dienen. Der erstere Begriff ist denn auch nicht dazu benutzt worden, wohl aber der letztere. Die Lehre, welche uns hier beschäftigt, ist in Folge davon bis in die neueste Zeit als die Lehre von Casus bezeichnet…»; «Um die Fehler derselben zu vemeiden, muß man, statt den Begriff des Casus an die Spitze der Lehre zu stellen, von der Unmöglichkeit der Leistung ausgehen … Allsdann kann man sagen, daß der casus von den Verpflichtung befreit, wenn er eine Unmöglichkeit der Leistung herbeiführt».

[22] Per una critica alla tesi di F. Mommsen, vd. G. HARTMANN, *Die Obligation*, Erlangen 1875, 222

vanza diretta ed una rilevanza indiretta. La prima, come già detto, sul piano normativo, in quanto attraverso il Windscheid finì con l'essere codificata nel BGB (§ 275)[23] e, successivamente, attraverso la mediazione dell'Osti,[24] nell'art. 1218 del Codice civile italiano del 1942. La seconda trova espressione nella pandettizzazione del sapere giuridico, cosicché anche in diritti nei quali i codici civili non facevano menzione dell'impossibilità negli articoli in materia di inadempimento, la scienza giuridica ha iniziato a parlare di impossibilità nel significato evidenziato come unico limite della responsabilità contrattuale.[25]

3. ΑΔΥΝΑΤΟΝ, *IMPOSSIBILIS* E *NECESSITUDO*: LA RIFLESSIONE FILOSOFICA E RETORICA SULL'IDEA DELL'IMPOSSIBILITÀ.

L'idea che il dovere presupponga la possibilità, sembrerebbe, quindi, la condizione logica che conduce la giurisprudenza romana in materia di *stipulationes in dando* a quella che nel testo di Paolo viene qualificata come *perpetuatio obligationis*. Da comprendere resta il fatto se tale precondizione sia un'idea per così dire 'naturale e ovvia' del pensiero dei *veteres*, o se sia frutto di una riflessione teorizzante sul punto.[26]

La risposta passa necessariamente per una contestualizzazione storica di quest'idea rispetto alle importanti riflessioni sul punto presenti già nel pensiero antico in Aristotele, in Crisippo e nel *topos* retorico nella *necessitas*.

Secondo Aristotele, nell'*Etica Nicomachea*, il giudizio 'morale' di lode o di biasimo è possibile soltanto se l'azione umana sia 'volontaria' (ἑκούσιον), mentre essa si sottrarrebbe a tale giudizio se 'involontaria' (ἀκούσιον), cioè se dovuta a forza maggiore (βία) o a inconsapevolezza (ἄγνοια).[27]

ss.; E. RABEL, *Unmöglichkeit der Leistung* cit., 174 ss.; A. BRECHT, *System der Vertragshaftung*, in Jher.Jahrb. 53, 213 ss.; H.H. JAKOBS, *Unmöglichkeit und Nichterfüllung*, Bonn 1969, 112 ss.; CHR. WOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre* cit., 123 ss; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., 809 ss.; S. WÜRTHWEIN, *Zur Schadensersatzpflicht wegen Vertragsverletzungen* cit., 79 ss., 237 ss.

[23] B.WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II.1 cit., 61 ss. [=*Diritto delle Pandette* II.1 cit., 65 ss.].

[24] *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in Riv. Dir. Civ., 1918, 209 ss., 313 ss., 417 ss. [= in *Scritti giuridici*, Milano 1973, I, 1 ss.].

[25] Ad esempio in Francia, in Italia sotto il codice abrogato e in Spagna.

[26] G. ALBERS, *Perpetuatio obligationis* cit., 379: «Dass der Schuldner nicht aufhört, leisten zu sollen (*oportere*), wenn der Leistungsgegenstand untergeht oder der Leistung unmöglich wird, bedarf für die römischen Juristen der Früh– und Hochklassik weder besonderer Anordnung noch rechtfertigender Erklärung: es ist selbstverständlich. Befreien könnte ihn allein ein Leistungshindernis, das er nicht zu vertreten hätte (*vis maior, casus*)».

[27] Arist., *Eth. Nic.* 3.1 [1109b30]: τῆς ἀρετῆς δὴ περὶ πάθη τε καὶ πράξεις οὔσης, καὶ ἐπὶ μὲν τοῖς ἑκουσίοις ἐπαίνων καὶ ψόγων γινομένων, ἐπὶ δὲ τοῖς ἀκουσίοις συγγνώμης, ἐνίοτε δὲ καὶ ἐλέου, τὸ ἑκούσιον καὶ τὸ ἀκούσιον ἀναγκαῖον ἴσως διορίσαι τοῖς περὶ ἀρετῆς ἐπισκοποῦσι, χρήσιμον δὲ καὶ τοῖς νομοθετοῦσι πρός τε τὰς τιμὰς καὶ τὰς κολάσεις. δοκεῖ δὴ ἀκούσια εἶναι τὰ βίᾳ ἢ δι' ἄγνοιαν γινόμενα. ... 3.5 [1112a30]: αἰτίαι γὰρ δοκοῦσιν εἶναι φύσις καὶ ἀνάγκη καὶ τύχη, ἔτι δὲ νοῦς καὶ πᾶν τὸ δι' ἀνθρώπου. τῶν δ' ἀνθρώπων ἕκαστοι βουλεύονται περὶ τῶν δι' αὐτῶν πρακτῶν. 3.5 [1112b 24-27]: κἂν μὲν ἀδυνάτῳ ἐντύχωσιν, ἀφίστανται, οἷον εἰ χρημάτων δεῖ, ταῦτα δὲ μὴ οἷόν τε πορισθῆναι: ἐὰν δὲ δυνατὸν φαίνηται, ἐγχειροῦσι πράττειν. δυνατὰ δὲ ἃ

In Crisippo, nell'assioma plausibile (πυθανὸν), l'impossibile porta sempre ad un sillogismo falso, mentre il possibile può portare ad uno vero.[28]

Nella retorica, soprattutto nel modello che penetra nella cultura romana del II-I sec. a.C.,[29] cioè il sistema ermagoreo, la teoria delle cause dell'azione umana assume un preciso luogo di riflessione nelle στάσεις.[30] Se da un lato, infatti, in Aristotele sembra più evidente un imprestito filosofico-etico nella retorica in tema di teoria della causalità,[31] in Ermagora, secondo la ricostruzione classica del Matthes,[32] la riflessione sulle cause è espressa in precisi τόποι retorici.

In particolare, la riflessione sulle cause della condotta si fa particolarmente approfondita all'interno di due τόποι: l'ἐξ'αιτίας e l'ἐξ'αὐτου τού πράγματος. Nel primo, Ermagora individua le cause soggettive, i motivi dell'agente, servendosene al fine di attribuire o escludere l'imputazione dell'evento al suo autore. All'interno di questo τόπος si distin-

δι' ἡμῶν γένοιτ' ἄν: τὰ γὰρ διὰ τῶν φίλων δι' ἡμῶν πως ἐστίν: ἡ γὰρ ἀρχὴ ἐν ἡμῖν. Si vd. S. SAUVÉ MEYER, *Aristotle on Moral Responsability*, Oxford 1993; S. BOBZIEN, *Choice and Moral Responsability (NE III 1-5)*, in *The Cambridge Companion to Aristotle's Nicomachean Ethics*, ed. by R. POLANSKY, Cambridge 2014, 81 ss.

[28] Diog. Laert. 7.75: Ἔτι τε τὰ μέν ἐστι δυνατά, τὰ δ' ἀδύνατα: καὶ τὰ μὲν ἀναγκαῖα, τὰ δ' οὐκ ἀναγκαῖα. δυνατὸν μὲν τὸ ἐπιδεκτικὸν τοῦ ἀληθὲς εἶναι, τῶν ἐκτὸς μὴ ἐναντιουμένων πρὸς τὸ ἀληθὲς εἶναι, οἷον "ζῇ Διοκλῆς": ἀδύνατον δὲ ὃ μή ἐστιν ἐπιδεκτικὸν τοῦ ἀληθὲς εἶναι, οἷον "ἡ γῆ ἵπταται." ἀναγκαῖον δέ ἐστιν ὅπερ ἀληθὲς ὂν οὐκ ἔστιν.

[29] L'influsso della cultura ellenistica risale al II sec. a.C., ma è nell'ultimo secolo della repubblica che, superato il modello delle assunzioni di precettori nelle singole *familiae*, fioriscono le scuole di grammatica e retorica; cfr. J. CARCOPINO, *La vita quotidiana a Roma all'apogeo dell'impero*, (Roma-Bari 1986 [trad. it. dell'ed. 1939]), 120 ss.; S.F. BONNER, *L'educazione nell'antica Roma. Da Catone il Censore a Plinio il giovane*, (Roma 1986 [trad. it. ed. London 1977]), 68 ss.; 88 ss. Sull'impatto, relativamente recente, dell'opera aristotelica sulla cultura romana, dal ritrovamento delle opere esoteriche da parte di Silla, vd. per tutti, P. MORAUX, *Der Aristotelisus bei den Griechen*, I, Berlin-New York 1973, 36 ss. In Aristotele, l'unico τόπος retorico nel quale si rende percettibile una precisa valenza causale (l'*apo tou aitiou*) si limita alla sfera dei motivi dell'agire; vd. puntualmente D. NÖRR, *Cicero Top. 4.22. Zur Anwendung der 'cautio damni infecti' bei einer Kommunmauer und zum rethorisch-philosophischen Topos 'apo tou aitiou'*, in *Symposium 1977*, Frankfurt 1982, 269 ss., in particolare 298 ss.

[30] Sul punto, L. CALBOLI MONTEFUSCO, *La dottrina degli 'status'nella retorica greca e romana* (Hildesheim-Zürich-New York 1986), 197 ss.

[31] In Aristotele, infatti, la teoria delle cause emerge nell'ambito della *quaestio iudicialis*, non formando oggetto di alcun particolare *tòpos* retorico, mentre ha un alto grado di approfondimento nella *physika* [Ross] II, 3, 194b16 ss. (da confrontare con Sen., *Epist.* 65.4) e IV, 8, 215a2-7 e poi nelle opere etiche, dove diviene centrale la distinzione tra volontarietà ed involontarietà dell'atto: *Eth.Nic.* [Bywater] III, 1109b30 ss. (vd. supra nt. 27); V, 8, 1135a18ss.: ἀδίκημα δὲ καὶ δικαιοπράγημα ὥρισται τῷ ἑκουσίῳ καὶ ἀκουσίῳ: ὅταν γὰρ ἑκούσιον ᾖ, ψέγεται, ἅμα δὲ καὶ ἀδίκημα τότ' ἐστίν: ὥστ' ἔσται τι ἄδικον μὲν ἀδίκημα δ' οὔπω, ἂν μὴ τὸ ἑκούσιον προσῇ. λέγω δ' ἑκούσιον μέν, ὥσπερ καὶ πρότερον εἴρηται, ὃ ἄν τις τῶν ἐφ' αὑτῷ ὄντων εἰδὼς καὶ μὴ ἀγνοῶν πράττῃ μήτε ὧν μήτε ᾧ μήτε οὗ ἕνεκα, οἷον τίνα τύπτει καὶ τίνι καὶ τίνος ἕνεκα, κἀκείνων ἕκαστον μὴ κατὰ συμβεβηκὸς μηδὲ βίᾳ (ὥσπερ εἴ τις λαβὼν τὴν χεῖρα αὐτοῦ τύπτοι ἕτερον, οὐχ ἑκών: οὐ γὰρ ἐπ' αὐτῷ): ἐνδέχεται δὲ τὸν τυπτόμενον πατέρα εἶναι, τὸν δ' ὅτι μὲν ἄνθρωπος ἢ τῶν παρόντων τις γινώσκειν, ὅτι δὲ πατὴρ ἀγνοεῖν: ὁμοίως δὲ τὸ τοιοῦτον διωρίσθω καὶ ἐπὶ τοῦ οὗ ἕνεκα, καὶ περὶ τὴν πρᾶξιν ὅλην. τὸ δὴ ἀγνοούμενον, ἢ μὴ ἀγνοούμενον μὲν μὴ ἐπ' αὐτῷ δ' ὄν, ἢ βίᾳ, ἀκούσιον.

[32] D. MATTHES, *Hermagoras von Temnos*, in Lustrum 3, 1958, 58 ss.

gue tra l'*impulsio* e la *ratiocinatio.*[33] Nel secondo si indaga la causalità oggettiva, ossia quelle circostanze che, a prescindere dai motivi che hanno spinto l'agente, hanno causato l'evento.[34]

Un altro τόπος significativo è quello relativo allo *status qualitatis*, nel quale si trovano le argomentazioni relative alle modalità dell'evento. Attraverso queste argomentazioni, il retore non elabora tesi finalizzate alla negazione del nesso causale tra soggetto ed evento, quanto elabora tesi finalizzate alla accentuazione della scusabilità dell'evento stesso.[35] Importanti sono i τόποι della *concessio* e della *purgatio*: nella seconda, in particolare, la *excusatio necessitatis* imposta la difesa sulla irresistibilità dell'evento, in base a circostanze esterne.[36] La riflessione retorica sulle *causae* all'interno di questi *topoi* si avvicina alla riflessione etica della causalità, nella quale campeggia l'idea dell'irresponsabilità dell'evento causato da una condotta involontaria.

Nel *de inv.* 2.15.5, Cicerone segue con precisione la sistematica ermagorea, suddividendo la *controversia coniecturalis* nei τόποι: '*ex causa*' (ἐξ'αἰτίας), '*ex persona*' (ἐκ προσόπου) e '*ex facto ipso*' (ἐξ'αὐτου τού πράγματος). All'interno del primo *topos*, Cicerone tratta della *impulsio* e della *ratiocinatio* (*de inv.* 2.17-25). Dopo aver trattato del *locus 'ex persona*', Cicerone approfondisce il *locus*, il *tempus*, l'*occasio* e il *modus*. Proprio in quest'ultimo '*topos*' vengono esaminate le modalità della condotta dell'agente, a seconda che essa sia conseguenza di *prudentia* o *imprudentia*. Attraverso l'accertamento dell''involontarietà' per *inscentia*, *casus* o *necessitas,* si riconosce l'operatività della *purgatio.*[37] Con la *purgatio*, d'altronde, si amplifica l'esistenza di circostanze che tendono ad escludere la volontarietà della condotta; come afferma lo stesso Cicerone '*non factum ipsum, sed voluntas defenditur*' (*de inv.* 2.31.94). L'involontarietà sarebbe accertata nei casi di *imprudentia* (*de inv.* 2.31.95),[38] di *casus* (*de inv.* 2.31.96)[39] e di *necessitudo* (*de inv.* 2.32.98).[40]

Nel riassumere le argomentazioni dell'*accusator* e del *defensor* Cicerone afferma:

de inv. 2.33.101-102. *Defensor autem conversis omnibus his partibus poterit uti; maxime autem in voluntate defendenda commorabitur et in ea re adaugenda, quae voluntati fuerit inpedimento; et se plus, quam fecerit, facere non potuisse; et in omnibus rebus voluntatem spectari oportere; et se convinci non posse, quod absit a culpa; suo nomine communem*

[33] D. Matthes, *Hermagoras* cit., 143 ss.; J. Martin, *Antike Rethorik* cit., 117.

[34] D. Matthes, *Hermagoras* cit., 144; J. Martin, *Antike Rethorik* cit., 118.

[35] Questi *topoi* hanno, rispetto a quelli elaborati da Ermagora nello *status coniecturalis*, una radice più antica nel modello di Anassimene ed in Aristotele; vd. J. Martin, *Antike Rethorik* cit., 36 ss.

[36] D. Matthes, *Hermagoras* cit., 162 ss.; J. Martin, *Antike Rethorik* cit., 41. Ne approfondiscono l'importanza rispetto al ragionare dei giuristi S. Condanari-Michler, *Vis extrinsecus admota. Ein Beitrag zum Einfluß der griechischen Philosophie auf Roms Juristen*, in *Festschrift für Leopold Wenger 70. G.*, München 1940, 236 ss.; T. Giaro, *'Excusatio necessitatis' nel diritto romano*, Warszawa 1982, 19 ss.

[37] J. Martin, *Antike Rhetorik* cit., 112.

[38] *Imprudentia est, cum scisse aliquid is, qui arguitur, negatur; ut apud quosdam lex erat: Ne quis Dianae vitulum immolaret. Nautae quidam cum adversa tempestate in alto iactarentur, voverunt* […] *Imprudentes legis, cum exissent, vitulum immolaverunt.*

[39] *Casus autem infertur in concessionem, cum demonstratur aliqua fortunae vis voluntati obstitisse, ut in hac:* […] *flumen enim subito adcrevit*.

[40] *Necessitudo autem infertur, cum vi quadam reus id, quod fecerit, fecisse defenditur, hoc modo:* […] *vis ventorum invitis nautis in Rhodiorum portum navem coegit.*

hominum infirmitatem posse damnari. deinde nihil esse indignius quam eum, qui culpa careat, supplicio non carere. Loci autem communes: accusatoris in confessionem, et quanta potestas peccandi relinquantur, si semel institutum sit, ut non de facto, sed de facti causa quaeratur; defensoris conquestio est calamitatis eius, quae non culpa, sed vi maiore quadam acciderit, et de fortunae potestate et hominum infirmitate et, uti suum animum, non eventum considerent.

L'argomentazione si centra sull'assenza di 'colpa' ('*calamitas quae non culpa sed vi maiore quadam acciderit*') quale momento concreto di determinazione dello sforzo 'possibile' della condotta che ha causato l'evento per cui il reo è accusato ('*et se plus, quam fecerit, facere non potuisse*').[41] L'esclusione di una *culpa* dell'agente, sia nella prospettiva soggettiva (*imprudentia, inscientia*), sia in quella oggettiva (*vis maior, casus, necessitudo*), indirizza lo scopo dell'oratore nella difesa del reo verso l'inimputabilità dell'evento.

Si vede come un importante bagaglio di riflessioni sull'*adynaton* e sulla *necessitudo*, fosse presente nel pensiero antico, sebbene operasse su piani non coincidenti e con terminologie non del tutto omogenee.

Al riguardo, è importante segnalare come Quintiliano ricordi quale terza argomentazione dell'oratore nella persuasione retorica (oltre l'*honestum* e l'*utile*), proprio il δύνατον, *quod nostri 'possibile' nominant: quae ut dura videatur appellatio, tamen sola est* (*Inst. orat*. 3.8.25).[42]

Nei giuristi romani, ferma restando l'importanza della forza espressiva dell'*impossibilium nulla obligatio est* di Celso (Cels. l. 8 *dig.* D. 50.17.185) che impone come presupposto per la nascita dell'obbligazione la natura possibile delle prestazioni assunte, è indicativo che il modello linguistico del collegamento ἀδύνατον – *impossibilis* sia presente nella scrittura di Servio Sulpicio Rufo e di Marco Antistio Labeone.[43]

4. '*Perpetuari obligationem*': un problema di obbligazione o di azione?

La testimonianza più importante in materia è sicuramente il lungo frammento dei libri *ad Plautium* di Paolo (D. 45.1.91.pr.-6)[44] nel quale la terminologia della *perpetuatio obliga-*

[41] Per l'accentuazione del *culpa caret* vd. M. Schermaier, '*Impossibilium nulla obligatio*' cit., 248.

[42] M. Schermaier, '*Impossibilium nulla obligatio*' cit., 252 e nt. 48; ora G. Albers, *Perpetuatio obligationis* cit., 297.

[43] D. 28.5.46 (Alfenus 2 *dig. a Paulo epit.*): *«si Maevia mater mea et Fulvia filia mea vivent, tum mihi Lucius Titius heres esto». Servius respondit, si testator filiam numquam habuerit, mater autem supervixisset, tamen Titium heredem fore, quia id, quod impossibile in testamento scriptum esset, nullam vim haberet.* D. 28.7.20 pr. (Labeo 2 *post. a Iav. epit.*): *Mulier, quae viro suo ex dote promissam pecuniam debebat, virum heredem ita instituerat, si eam pecuniam, quam doti promisisset, neque petisset neque exegisset. puto, si vir denuntiasset ceteris heredibus per se non stare, quo minus acceptum faceret id quod ex dote sibi deberetur, statim eum heredem futurum. quod si solus heres institutus esset in tali condicione, nihilo minus puto statim eum heredem futurum, quia* ἀδύνατος *condicio pro non scripta accipienda est.* Sui due passi vd. G. Albers, *Perpetuatio obligationis* cit., 306-309.

[44] D. 45.1.91 pr.-7 (Paul. 17 *ad Plaut.*): *Si servum stipulatus fuero et nulla mora intercedente servus decesserit: si quidem occidat eum promissor, expeditum est. sin autem neglegat infirmum, an teneri debeat promissor, considerantibus, utrum, quemadmodum in vindicatione hominis, si neglectus a possessore fuerit, culpae huius nomine tenetur possessor, ita et cum dari promisit, an culpa, quod ad stipulatio-*

tionis ricorre per sei volte con l'uso del verbo ed una volta in forma di aggettivo, sempre in connessione alla *obligatio*. La terminologia in rapporto ad *obligatio* si incontra anche in un altro testo di Paolo (l. 4 *resp.* D. 17.1.59.5) in un significato però diverso da quello dei libri *ad Plautium*, in quanto il giurista severiano in questo caso qualifica *obligatio perpetua* l'obbligazione del mandante in un *mandatum pecuniae credendae* per indicarne la sopravvivenza una volta sorta anche rispetto alla morte del debitore principale, evento al quale, nell'assunzione del mandato, il mandante intendeva limitare la sua garanzia.[45]

Di *obligatio perpetua* parla Ulpiano, nei suoi *libri ad edictum*, per indicare la non estinzione del *dare oportere* per prescrizione dell'azione (*actio temporaria*), nel caso in cui sia stata fatta la *litis contestatio* ed il creditore abbia giurato sull'esistenza dell'obbligazione [D. 12.2.9.3 (Ulp. 22 *ad ed.*)].[46] Questa testimonianza assume un certo rilievo tenendo in

nem attinet, in faciendo accipienda sit, non in non faciendo? quod magis probandum est, quia qui dari promisit, ad dandum, non faciendum tenetur. 1. *Sed si sit quidem res in rebus humanis, sed dari non possit, ut fundus religiosus puta vel sacer factus vel servus manumissus, vel etiam ab hostibus si capiatur, culpa in hunc modum diiudicatur, ut, si quidem ipsius promissoris res vel tempore stipulationis vel postea fuerit et quid eorum acciderit, nihilo minus teneatur, idemque fiat et si per alium, posteaquam ab hoc alienatus sit, id contigerit. sin autem alienus fuit et ab alio tale quid accidit, non tenetur, quia nihil fecit., nisi si posteaquam moratus est solutionem, aliquid huiusmodi acciderit: quam distinctionem et Iulianus sequitur. item si homo, qui fuit promissoris, ex praecedenti causa ablatus ei fuerit, quod statuliber fuit, perinde habendus sit, ac si alienum promisisset, quia sine facto ipsius desiit eius esse.* 2. *De illo quaeritur, an et is, qui nesciens se debere occiderit, teneatur: quod Iulianus putat in eo, qui, cum nesciret a se petitum codicillis ut restitueret, manumisit.* 3. *Sequitur videre de eo, quod veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem, quemadmodum intellegendum sit. et quidem si effecerit promissor, quo minus solvere possit, expeditum intellectum habet constitutio: si vero moratus sit tantum, haesitatur, an, si postea in mora non fuerit, extinguatur superior mora. et Celsus adulescens scribit eum, qui moram fecit in solvendo Sticho quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo: esse enim hanc quaestionem de bono et aequo: in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose, inquit, erratur. et sane probabilis haec sententia est, quam quidem et Iulianus sequitur: nam dum quaeritur de damno et par utriusque causa sit, quare non potentior sit qui teneat, quam qui persequitur?* 4. *Nunc videamus, in quibus personis haec constitutio locum habeat. quae inspectio duplex est, ut primo quaeramus, quae personae efficiant perpetuam obligationem, deinde quibus eam producant. utique autem principalis debitor perpetuat obligationem: accessiones an perpetuent, dubium est. Pomponio perpetuare placet: quare enim facto suo fideiussor suam obligationem tollat? cuius sententia vera est: itaque perpetuatur obligatio tam ipsorum quam successorum eorum. accessionibus quoque suis, id est fideiussoribus, perpetuant obligationem, quia in totam causam spoponderunt.* 5. *An filius familias, qui iussu patris promisit, occidendo servum producat patris obligationem, videndum est. Pomponius producere putat, scilicet quasi accessionem intellegens eum qui iubeat.* 6. *Effectus huius constitutionis ille est, ut adhuc homo peti possit: sed et acceptum ei posse ferri creditur et fideiussorem accipi eius obligationis nomine. novari autem an possit haec obligatio, dubitationis est, quia neque hominem qui non est neque pecuniam quae non debetur stipulari possumus. ego puto novationem fieri posse, si hoc actum inter partes sit, quod et Iuliano placet.*

[45] D. 17.1.59.5 (Paul. 4 *resp.*): «*ille illi salutem. mando tibi, ut Blaesio Severo adfini meo octoginta credas sub pignore illo et illo: in quam pecuniam et quidquid usurarum nomine accesserit indemnem rationem tuam me esse ex causa mandati in eum diem, quoad vixerit Blaesius Severus, praestaturum*». *postea saepe conventus mandator non respondit: quaero, an morte debitoris liberatus sit. Paulus respondit mandati obligationem perpetuam esse, licet in mandato adiectum videatur indemnem rationem tuam me esse ex causa mandati in eum diem, quoad vixerit Blaesius Severus, praestaturum*.

[46] *Si is, qui temporaria actione mihi obligatus erat, detulerit iusiurandum, ut iurem eum dare oportere, egoque iuravero, tempore non liberatur, quia post litem contestatam cum eo perpetuatur adversus eum obligatio.*

conto che proprio l'effetto estintivo della *litis contestatio* negli *iudicia legitima* – come vedremo nel prossimo paragrafo – può aver giocato un ruolo nella configurazione in termini di 'continuità' e *perpetuatio* dell'*oportere* primario in casi di perimento dell'oggetto della prestazione.

Un numero abbastanza ampio di testimonianze parla invece di *actiones* o *exceptiones perpetuae* (in contrappunto con quelle *temporales* o *temporariae*).[47]

Secondo la tesi di Raimondo Santoro,[48] coerentemente alla sua ipotesi ricostruttiva sulla nascita tarda dell'idea dell'obbligazione come dovere ad una prestazione, il problema della *perpetuatio obligationis* si spiegherebbe in chiave storica. Al tempo dei *veteres* non si porrebbe, infatti, una questione di perpetuare l'obbligazione (nel senso di dovere alla prestazione), ma esclusivamente di rendere permanente la soggezione all'azione (quindi esclusivamente la responsabilità), il che imporrebbe di ipotizzare che dietro l'immagine rammodernante del 'perpetuarsi dell'obbligazione' di Paolo si nasconda in realtà il riconoscimento della «permanenza della possibilità per l'attore di agire, come se la cosa fosse ancora esistente».[49] La resa terminologica in chiave di *perpetuatio obligationis* da parte del giurista severiano Paolo nasconderebbe, in realtà, un originario significato della regola in termini di *perpetuatio actionis*, sopravvivenza dell'azione anche a fronte del perimento della cosa oggetto dell'*oportere* assunto, qualora il perimento sia imputabile ad un fatto del promittente o alla sua mora. A fondamento di tale costruzione si richiamano Paul. Sent. 5.7.4,[50] Ulp. 78 *ad ed.* D. 45.1.82.1[51] e Paul 5 *ad Plaut.* D. 44.7.45[52] che troverebbero un precipitato significativo nel paolino *ut adhuc homo peti possit* quale effetto specifico della *constitutio veterum* (Paul 17 *ad Plaut*. D. 45.1.91.6.).[53]

In sostanza per lo studioso palermitano, «il problema dogmatico» esisterebbe «solo per i classici, che riferiscono il vincolo personale alla *obligatio*, non per i *veteres*, che non conoscono ancora la *obligatio*, ma soltanto l'*actio*».[54]

[47] Le *actiones perpetuae* non sono soltanto le *actiones civiles*, ma anche le *actiones praetoriae*, mentre le *actiones temporales* sono per lo più quelle penali concesse *intra annum* in base alla *iurisdictio praetoria* (Cassio in Paul. 1 *ad ed. praet*. D. 44.7.35 pr.; Gai. 4.110-111). In particolare, si denota nel discorso dei giuristi romani una tendenza a qualificare *temporales* le sole azioni pretorie edittali esplicitamente dichiarate nei *verba edicti intra annum*. Ulpiano in tema di *actio servi corrupti*, afferma la sua natura perpetua e non temporanea, da cui discenderebbe la sua spettanza anche agli eredi, ma non contro gli stessi data la sua natura *poenalis* (Ulp. 23 *ad ed.* D. 11.3.13 pr.). Sempre Ulpiano, in materia di *iusiurandum* deferito al creditore ed avente ad oggetto un *eum dare oportere*, rispetto ad un *obligari* tutelato con *actio temporaria*, di cui si discute l'effetto sul *iusiuriandum* (giudiziale) una volta prescrittasi l'azione a tutela, fa perno sulla *perpetuatio obligationis* una volta perfezionatasi la *litis contestatio* per conservare valore al *iusiurandum* stesso (Ulp. 22 *ad ed.* D. 12.2.9.3).

[48] R. SANTORO, *Perpetuari obligationem* cit., 177 ss.

[49] R. SANTORO, *Perpetuari obligationem* cit., 191.

[50] *Cum facto promissoris res in stipulatum deducta intercidit, perinde agi ex stipulatu potest, ac si ea res extaret.*

[51] *Si post moram promissoris homo decesserit, tenetur nihilo minus, proinde ac si homo viveret.*

[52] *Is, qui ex stipulatu Stichum debeat, si eum ante moram manumiserit, et is, priusquam supe eo promissor conveniretur, decesserit, non tenetur: non enim per eum stetisse videtur, quo minus eum praestaret.*

[53] R. SANTORO, *Perpetuari obligationem* cit., 192.

[54] R. SANTORO, *Perpetuari obligationem* cit., 195.

A questo riguardo, un frammento tratto dai *libri disputationum* di Trifonino D. 13.1.20,[55] rispetto ad un caso nel quale, *ego* – pur potendolo fare – non ha esercitato la *condictio rei* contro il *fur* (*condicere eam*) fino a quando la cosa dovuta esistesse (*dum in rebus humanis res fuerat*). Il problema a cui i *veteres* danno soluzione è quello relativo all'incidenza del sopravvenuto perimento della cosa sul potere di *ego* di esercitare comunque la *condictio* contro il ladro. La motivazione ricordata da Trifonino fa perno sulla prevalenza valoriale della gravità del fatto illecito compiuto dal ladro sulla, per così dire, mora nell'agire processuale da parte del *dominus*, il che significa che il ladro è sempre da considerarsi in mora nella restituzione della cosa rubata. I *veteres* ritengono, quindi, come effetto del riconoscimento della nozione sostanziale e non processuale della mora del ladro (*fur semper mora facere videtur*) che l'azione che 'perdura' è proprio la *condictio rei* originaria, diretta alla ripetizione della cosa, quindi al *rem dare oportere*.[56]

Fermo restando che quanto sostenuto da Raimondo Santoro è dotato di una sua piana coerenza se si parte, però, dal presupposto che l'idea di obbligazione quale dovere alla prestazione sia maturata abbastanza tardi nella scienza giuridica romana (non prima di Sabino), è sul piano della ipotesi di rilettura della *perpetuatio actionis* dei *veteres* in *perpetuatio obligationis* di Paolo che conservo alcune perplessità. Pur se si volesse aderire alla ricostruzione storica del Santoro,[57] infatti, non si comprende per quale motivo Paolo (in un'età nella quale l'obbligazione ha sicuramente assunto – anche per lo Studioso palermitano – un significato sostanziale che indica la doverosità giuridica alla prestazione e quindi ha una fisionomia concettuale precisamente delineata rispetto all'*actione teneri*) commetterebbe una tale confusione dogmatica, quale quella di reinterpretare il perpetuarsi della *condictio* in caso di perimento imputabile della cosa dovuta in termini di perpetuarsi dell'obbligazione e ciò facendo sollevando tutta una serie di problemi sconosciuti ai *veteres*.[58]

Credo, al contrario, che l'emersione della regola dei *veteres* in tema di *condictio,* con la quale l'attore afferma nei confronti del convenuto un *rem dare oportere,* dimostri una sua logica stringente più in termini sostanziali che non processuali. Riconoscere il perpetuarsi dell'azionabilità a fronte del perimento della *res* significa, infatti, anche per i *veteres* la persistenza dell'*oportere*, persistenza che viene riconosciuta sul piano dell'irrealtà della esistenza della cosa perita.[59] L'espressione ammodernante della *constitutio veterum* da parte di Paolo

[55] *Licet fur paratus fuerit excipere condictionem et per me steterit, dum in rebus humanis res fuerat, condicere eam, postea autem perempta est, tamen durare condictionem veteres voluerunt, quia videtur, qui primo invito domino rem contrectaverit, semper in restituenda ea, quam nec debuit auferre, moram facere.* Sul passo si vd. R. SANTORO, *Perpetuari obligationem* cit., 195-197, dove anche indicazione della bibliografia sul passo, a cui adde A. SACCOCCIO, *'Si certum petetur'. Dalla condictio dei veteres alle condictiones giustinianee*, Milano 2002, 111-113; G. ALBERS, *Perpetuatio obligationis* cit., 177-181.

[56] G. ALBERS, *Perpetuatio obligationis* cit., 179: «Das *durare* der *condictio,* die zuvor beschrieben wurde als Tätigkeit des *condicere eam* (nämlich *rem* !), deutet jedenfalls auf ihren unveränderten Fortbestand alse eine *condictio rei*. Ihr Gegenstand ist die Sache selbst, nicht ihr Geldwert».

[57] Ma vedi per il mio punto di vista *'Damnatio' e 'oportere' nell'obbligazione* cit., 271 ss. (sull'*oportere* rispetto alla *obligatio*).

[58] Si veda ad esempio la prospettiva attraverso la quale il Maestro palermitano colloca D. 45.1.92.6; R. SANTORO, *Perpetuari obligationem* cit., 207-208. Per una diversa prospettiva G. ALBERS, *Perpetuatio obligationis* cit., 234 ss. e 284 ss.

[59] Vd. *supra* nt. 5.

in termini di *perpetuari obligationem* mi sembra molto più acconcia a descrivere l'effetto specifico che essa determinava sul piano della persistenza dell'azionabilità, cioè al perpetuarsi dell'*oportere* che al perpetuarsi della sola azione. D'altronde, come la dottrina ha già da tempo evidenziato, vi è un altro punto sul quale la *constitutio veterum* potrebbe aver avuto un ammodernamento terminologico in Paolo, senza che ciò, però, ne abbia tradito inesorabilmente il significato. Si tratta delle diverse forme terminologiche qualificanti l'imputazione che potrebbero nascondersi dietro il ricorso al termine *culpa* nella versione paolina della *constitutio veterum* (*quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem*), quali quella del *si per eum stat quominus detur* (Pomp. 9 *ad Sab.* D. 45.1.23)[60] e quella del *factum promissoris*.[61]

D'altro canto, proprio in materia di *condictio*, sappiamo da Gai.3.180-181 che i *veteres* (secondo la notizia di Gaio) avevano elaborato una raffinata teoria sull'efficacia estintiva della *litis contestatio* sul *dare oportere* che Gaio rilegge in termini di estinzione dell'*obligatio*.[62] È significativo che Gaio, nel rileggere la regola dei *veteres* sia netto nel distinguere la qualifica del rapporto tra attore e convenuto a seconda esso vada preso in esame prima della *litis contestatio* (*obligatio principalis*), dopo la *litis contestatio,* ma prima della sentenza di condanna (*litis contestatione teneri*), dopo la sentenza di condanna (*ex causa iudicati teneri*), sebbene i *veteres* qualifichino tutte e tre queste fasi della relazione tra attore e convenuto in termini di *oportere*.[63] D'altronde è lo stesso Gaio ad evidenziare che il suo richiamo sarebbe rappresentativo di un collegamento ammodernante (*et hoc est, quod apud veteres scriptum est*) tra la sua *obligatio principalis* ed il *dare oportere* dei *veteres*, tra il suo *litis contestatione teneri* ed il loro *condemnari oportere* ed, infine, tra il suo *ex causa iudicati teneri* ed il loro *iudicatum facere oportere*.

Il *dare oportere* è un indizio significativo per comprendere il contesto di emersione del *dictum* dei *veteres*. A differenza, infatti, dell'*obligatio principalis* di Gaio, il *dare oportere* evoca lo schema proprio dell''obbligazione' di un *certum* che può essere adeguato sia alla *legis actio per iudicis postulationem* (*certum dari oportere ex sponsione*), sia alla *legis actio per condictionem* (*certa pecuniam vel certa rem dari oportere*), sia, infine, alla *condictio* formulare.

L'estinzione del *dare oportere* e la sua trasformazione in *condemnari oportere* esprime nel linguaggio dei *veteres* un effetto giuridico preciso, quello della improponibilità di un nuovo *agere* in materia. Ciò mi sembra una diversa costruzione rispetto a quanto si determini nella regola espressa da Paolo in termini di *perpetuari obligationem*. Per i *veteres* del *perpetuari obligationem,* il perimento della cosa oggetto di un *rem dare oportere* rende impropo-

[60] *Si ex legati causa aut ex stipulatu hominem certum mihi debeas, non aliter post mortem eius tenearis mihi, quam si per te steterit, quo minus vivo eo eum mihi dares: quod ita fit, si aut interpellatus non dedisti aut occidisti eum.*

[61] G. MacCormack, *Factum debitoris and culpa debitoris* cit., 59 ss. Cfr. ora la discussione tra C.A. Cannata, *Quod veteres constituerunt* cit., 444-445; R. Santoro, *Perpetuari obligationem* cit., 182-188.

[62] Gai 3.180-181: *Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum. Nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione; sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione incipit ex causa iudicati teneri. Et hoc est, quod apud veteres scriptum est ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere*.

[63] Sui complessi problemi di significato del rapporto tra i tre *oportere*, il mio punto di vista è in *'Damnatio' e 'oportere' nell'obbligazione* cit., 254 ss.

nibile la *condictio* per impossibilità di dare quanto dovuto. Per superare, però, l'ingiusta conseguenza del meccanismo richiamato, quando il perimento della *res* sia imputabile al debitore stesso o avvenga dopo la sua mora, i *veteres* ammettono comunque la proponibilità dell'azione con una *interpretatio* produttiva di nuovo diritto (*constitutio*) che sul piano della irrealtà considera il *dare oportere* non estintosi e come comunque esistente, cioè perpetuato.[64]

Sul piano della realtà, l'irreale perpetuazione di un *rem dare oportere* impossibile, finisce per esprimere un'idea di doverosità vuota, restante in piedi soltanto nel suo riflesso concreto della soggezione all'azione. Ma è proprio qui il dato significativo che, all'interno di un'interpretazione storica della *constitutio veterum*, deve porsi al centro del nostro problema interpretativo. Ammesso e non concesso che Paolo, nel farne una re-*interpretatio* autentica, con il proprio bagaglio concettuale e terminologico, abbia tradito il significato e la portata dogmatica (il che non esclude ulteriori dubbi, data la sicura – e spero non messa in discussione – maggiore conoscenza del giurista severiano Paolo del diritto romano dei secoli precedenti a lui, rispetto a noi) di quanto avevano stabilito i *veteres*, è proprio il contesto giuridico di emersione della regola – su cui la dottrina mi sembra tutta d'accordo – cioè quello della *condictio*, che avvalora in chiave per così dire 'sostanziale' la portata della *constitutio*. L'effetto della proponibilità in giudizio della *condictio* pur a fronte del perimento della cosa dovuta, significava dover superare una difficoltà che il diritto nell'età dei *veteres* sentiva insuperabile sul piano della realtà. La stessa qualifica della soluzione trovata dagli antichi giuristi da parte di Paolo in termini di *constitutio* dimostra, a mio modo di vedere, che non se ne era persa l'efficacia costitutiva sul piano della creazione di nuovo *ius* attraverso l'*interpretatio*. Proprio la (almeno per i *veteres*) precondizione, sul piano della possibilità della *condictio*, della necessaria esistenza del *rem dare oportere*, impone sul piano dell'irrealtà, in caso di impossibilità imputabile al debitore, di indurre una valutazione della realtà come se la cosa esistesse ancora. Questa è l'unica via per i giuristi di quest'epoca che permette la persistenza della *condictio* a fronte dell'impossibilità della prestazione. Il che mi sembra perfettamente coerente a quanto proprio Paolo afferma, collegando come effetto e non come presupposto della *constitutio veterum* sul *perpetuari obligationem* la persistenza dell'azionabilità (D. 45.1.91.6: *Effectus huius constitutionis ille est, ut adhuc homo peti possit*).[65]

5. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

La *perpetuatio obligationis* è la resa, in una terminologia propria della giurisprudenza successiva ai *veteres,* di una *interpretatio* creativa 'nel' *ius* della giurisprudenza tardo-repub-

[64] C.A. CANNATA, *Quod veteres constituerunt* cit., 450, ha insistito sul significato dogmatico che si dovrebbe riconoscere in concreto alla perpetuazione dell'obbligazione dei *veteres* nei seguenti termini «il debitore, che ha cagionato per sua colpa la propria impossibilità di adempiere, è chiamato a rispondere del fatto di non poter più adempiere. Egli non è tenuto all'esecuzione di una prestazione secondaria in luogo della primaria, è semplicemente tenuto dall'azione del creditore. Come si vede, i *veteres*, con l'idea della *perpetuatio*, hanno precisamente definito la situazione che noi chiamiamo responsabilità, ed in modo assai più limpido che non ricorrendo all'idea della prestazione secondaria».

[65] G. ALBERS, *Perpetuatio obligationis* cit., 64-66, 118-235 (dove ampi approfondimenti della portata dell'effetto processuale della *constitutio veterum*).

blicana o di inizio principato (quanto meno precedente a Sabino) che assumerà nella tradizione successiva la rilevante qualifica di *constitutio*.[66]

La formulazione terminologica può anche avere avuto un ammodernamento nella scrittura del giurista severiano Paolo, ma – a mio modo di vedere – senza che ciò alteri irrimediabilmente il suo significato dogmatico. Essa è acconcia espressione attualizzante di quanto tecnicamente era l'effetto della *constitutio veterum* sul piano della pretesa attorea in caso di perimento della cosa oggetto del *rem dare oportere* per causa imputabile al debitore.

I *veteres* ritennero, cioè, che la persistenza dell'azionabilità con *condictio* del *rem dare oportere* fosse fondata proprio sull'idea che il *rem dare oportere* si perpetuasse pur perita la cosa dovuta.

[66] Sulla *interpretatio* dei giuristi romani 'nel' *ius* come forma che partecipa alla produzione consuetudinaria del diritto, F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. Lezioni di diritto romano*, Torino 1993.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2020
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220